

En la ciudad de Mar del Plata, a los **04 días del mes de Septiembre del año dos mil doce**, reunida la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en dicha ciudad, **en Acuerdo Ordinario**, para pronunciar sentencia en la causa **A-2913-AZ0 "I., M. A. y D., L. M. c. IOMA s. AMPARO"**, con arreglo al sorteo de ley cuyo orden de votación resulta: señores Jueces doctores **Riccitelli, Sardo y Mora**, y considerando los siguientes:

ANTECEDENTES

I. El titular del Juzgado en lo Correccional N° 2 del Departamento Judicial de Azul, resolvió: **i)** hacer lugar a la acción de amparo promovida por los accionantes y en consecuencia, condenó al Instituto de Obra Médico Asistencial (I.O.M.A.) a brindar cobertura integral hasta dos tratamientos de reproducción asistida de alta complejidad mediante la técnica ICSI (microinyección espermática introcitoplásmica) con utilización de semen homólogo del Sr. D., L. M. y óvulos donados, que se cumplirán bajo las reglas de la buena práctica médica y los protocolos específicos de actuación, con intervención del médico tratante Dr. Edgardo Alberto Andriatta y los profesionales de la salud que actúen bajo su dirección, en el Centro Especializado en Reproducción CRECER de la Ciudad de Mar del Plata, previa acreditación de la prescripción médica correspondiente y en el momento que el profesional tratante estime conveniente, quedando incluidos en la obligación prestacional el costo de los medicamentos, los honorarios y cualquier otro gasto concerniente a cada una de las prácticas autorizadas, contra presentación de las órdenes, documentación acreditante y facturas respectivas; **ii)** declarar -por inconstitucional- la absoluta inaplicabilidad a la situación personal de los amparistas, afiliados obligatorios del I.O.M.A., las exclusiones contenidas en los arts. 1 y 5 de la ley 14.208, en los arts. 4 y 5 del Anexo

Unico del Decreto reglamentario 2980/10 y en la Resolución 8538/10 del Directorio de dicho Instituto en cuanto se relacionan con la falta de previsión específica o con la no cobertura del tratamiento comprendido en el punto anterior, haciendo constar que dicha decisión alcanza únicamente al presente caso sometido a juzgamiento, sin efectos extensivos; **iii)** autorizar a la Dirección de Auditorías y Fiscalización Médica de Establecimientos Asistenciales de I.O.M.A. a fiscalizar las distintas etapas de la implementación de los tratamientos, por intermedio de sus profesionales idóneos, para asegurar el control de las prácticas y sus costos; **iv)** impuso las costas del proceso a la parte vencida (arts. 68 del C.P.C.C. y 19 de la ley 13.928); y **v)** reguló los honorarios profesionales del letrado apoderado de los amparistas [cfr. fs. 138/152 vta.].

II. Notificado el Instituto accionado de dicho pronunciamiento el 03-07-2012 [cfr. cédula de fs. 153/159], interpuso en su contra recurso de apelación fundado el 06-07-2012 [cfr. fs. 167/171], el que fue concedido por el juez a quo en relación y con efecto devolutivo mediante providencia de fecha 10-07-2012 [cfr. fs. 172].

III. Los amparistas, anoticiados con fecha 10-07-2012 del traslado dispuesto a fs. 172 [cfr. fs. 173], lo replicaron el día 13-07-2012 [cfr. fs. 175/176 vta.].

IV. Recibidas las actuaciones en esta Cámara [cfr. fs. 179 *in fine*] y puestos los autos al Acuerdo para Sentencia [cfr. fs. 180] -providencia que se encuentra firme-, corresponde plantear la siguiente:

CUESTION

¿Es fundado el recurso?

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Riccitelli dijo:

I. 1. El sentenciante, luego de reseñar los antecedentes que se verificaban en la presente causa, expuso

las consideraciones que lo llevaban a expedirse en la forma en que lo hizo.

Afirmó así, que los hechos que habían sido probados acreditaban que en el presente caso se encontraba seriamente comprometido el derecho a la salud reproductiva de los amparistas, definido como *"... el estado general de bienestar físico, mental y social -y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias- en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo, sus funciones y procesos..."*. Agregó, que dicha noción conforma un derivado lógico -dentro del conglomerado de derechos personalísimos y derivados del derecho a la vida digna- del derecho a la salud, teniendo el mismo jerarquía constitucional expresa, al haber sido reconocido como tal en el Pacto Internacional de Derecho Humanos (cfr. art. 25), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (cfr. art. XI), la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (cfr. art. 12), enumerados en el art. 75 inc. 22° de la Constitución Nacional, y de igual modo contemplan la necesidad de su protección efectiva el art. 42 de la Carta federal y el 36 inc. 8° de la local.

Desde su perspectiva, el derecho a la salud incluye la salud reproductiva y la atención sanitaria pertinente con acceso para los beneficiarios al avance científico, siendo merecedor de protección especial el derecho de las personas a fundar una familia, lo cual constituye una base cierta para garantizar el acceso a técnicas de fecundación asistida que cuenten con aval científico y años de probada eficiencia en el ámbito de la práctica médica.

Continuando con tal línea argumental, agregó que la falta de inclusión de las prácticas de fertilización con ovodonación dentro de las previsiones del art. 1 de la ley 14.208 mal podría interpretarse como un valladar infranqueable que imposibilite a IOMA brindar tales

prestaciones, desde que ellas guardan íntima relación con derechos que gozan de un plus de protección constitucional o supralegal.

Afirmó entonces, que frente a un cuadro comprobado de infertilidad -como el que se verifica en la especie- es deber ineludible de la magistratura asegurar la vigencia del derecho a la salud reproductiva cuando la ausencia de previsión legal y el desinterés de las autoridades de la obra social no les brinda a los amparistas en la actualidad -ni el futuro próximo- ninguna alternativa que satisfaga de modo concreto el legítimo ejercicio de un derecho reconocido constitucionalmente.

En su visión, resulta irrazonable y arbitrario el trato desigual dispensado a las parejas por el solo hecho de requerir prestaciones distintas -homóloga vs. heteróloga-. Asumir tal postura -agregó- implicaría, de un lado, convalidar un caso de discriminación que vulneraría el acceso de los accionantes a una prestación médica no prohibida que les permitiría -sobre la base de decisiones adoptadas en modo voluntario con previo consentimiento informado- lograr descendencia y materializar en la práctica los derechos a la salud y a la vida digna; y de otro, significaría un quebrantamiento del objetivo central previsto en el art. 1° de la ley 14.208, como es el reconocimiento de la infertilidad humana como enfermedad.

2. Disconforme, la accionada apela el pronunciamiento a fs. 167/171.

i. Pretendiendo patentizar su agravio, recuerda que la ley 14.208 -en su art. 1°- reconoce a la infertilidad humana como enfermedad de acuerdo a los criterios internacionales sustentados por la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.) y la cobertura médico asistencial integral de las prácticas médicas a través de las técnicas de fertilización homóloga reconocidas por la citada institución.

Tal postulado le permite afirmar que la sentencia recurrida se aparta de los criterios internacionales sostenidos por la O.M.S., que reconoce únicamente la cobertura de las técnicas de fertilización homóloga. Agrega además, que el Poder legisferante atinadamente consagró la cobertura de las técnicas de fertilización asistida homólogas, pretendiendo con ello la promoción de la protección integral de la familia y del derecho a la salud consagrado en el art. 36 inc. 1° y 8° de la Carta provincial.

En lo que hace a lo medular de su planteo, refiere que la sentencia apelada agravia a su mandante en tanto acoge la acción de amparo declarando la inconstitucionalidad de las exclusiones tácitas o expresas que surgen de los arts. 1 y 5 de la ley 14.208 sustentando su postura en que tal proceder resultaría contrario al principio de igualdad ante la ley (cfr. art. 16 C.N. -y los tratados de jerarquía constitucional-).

En su visión, no puede sostenerse vulneración alguna por parte de I.O.M.A. a un derecho o garantía consagrado por la Constitución Nacional por cuanto si bien la afiliada padece de infertilidad, no se encuentra en igualdad de condiciones que las parejas que padecen la misma enfermedad, pero que recurriendo a los métodos que contempla el art. 1 de la ley 14.208, pueden ser padres. Tal situación amerita encasillar la cuestión propuesta como aquella en la que la distinción resulta razonable entre quienes no se encuentran en las mismas condiciones.

Agrega que es justificable la distinción que realiza la ley al limitar el reconocimiento de la infertilidad humana a aquellas parejas que requieran cobertura de prácticas de fertilización homólogas, a lo cual se agrega una distinción más, que sean reconocidas por la O.M.S. De allí que la cobertura de las prácticas heterólogas quede excluida, circunstancia que no colisiona con el principio de igualdad

reconocido por el art. 16 C.N. -y los tratados de jerarquía constitucional-.

Para concluir, señala que la ficción legal denominada “consentimiento informado” a la que recurre el magistrado de grado para justificar la práctica, encubre un régimen filiatorio **ad hoc** que se aparta de las normas generales del Código Civil que dan preeminencia al vínculo biológico, las que -según recuerda- son de orden público e indisponibles para las partes.

ii. Se disconformó además de la distribución de costas realizada por el **a quo**.

Denuncia que el I.O.M.A. ajustó su accionar a lo dispuesto por la ley 14.208 -y su decreto reglamentario- y, apuntalado en tal proceder, afirma que el Instituto accionado no denegó en forma arbitraria o ilegítima la prestación pretendida por los amparistas.

En base a tal fundamento, requiere se modifique el fallo apelado y se impongán las costas en el orden causado.

iii. Siendo que el sentenciante reguló los honorarios profesionales correspondientes al letrado apoderado de la parte actora, en ejercicio del mandato que se le confiriera, el letrado apoderado de Fiscalía de Estado procedió a apelar por altos los estipendios allí fijados (cfr. art. 57 de la ley 8904).

3. La parte actora replicó el memorial de su contraria a fs. 175/176 vta.

En su responde, el apoderado de los amparistas manifiesta su conformidad frente a lo resuelto en la instancia de origen, controvirtiendo los argumentos ensayados por el apelante y solicitando se declare su deserción. Consecuentemente, requiere el rechazo del recurso articulado con costas y pretende se regulen sus honorarios por los trabajos de Alzada (cfr. fs. 218/223).

II. El recurso ha de prosperar.

1. Los amparistas (I., M.A. y D., L.M.), quienes se encuentran unidos en matrimonio desde el 02-12-2008, promovieron acción de amparo contra el I.O.M.A. -entidad de la que son afiliados [cfr. fs. 18]- pretendiendo se ordene la cobertura del 100% y/o lo que la judicatura disponga, del tratamiento de alta complejidad (Fertilización In Vitro - F.I.V.-) con semen homólogo y óvulos donados hasta lograr el embarazo, incluidos los honorarios de los profesionales de la salud, todo ello de manera continuada e ininterrumpida y hasta tanto fuere indicado por el médico que asiste a los actores, con expresa imposición de costas [cfr. fs. 5, punto "OBJETO"].

Según la documentación aportada y cuya ponderación no viene cuestionada ante esta Alzada, el matrimonio presenta complicaciones médico clínicas con antecedente de anexectomía bilateral. La Sra. I., M. A. que cuenta con 32 años de edad se encuentra en tratamiento de reemplazo hormonal por falla ovárica precoz quirúrgica, lo que además fue confirmado en laboratorio de F.S.H. (95) y L.H. (40). Por su parte, el marido D., L. M. padece una Oligoastenospermia. Los resultados antes señalados -en opinión del médico Andreatta- permite realizar un tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad, esto es una fertilización in Vitro (F.I.V.) con semen homólogo y óvulos donados [v. fs. 19, resumen suscripto por el doctor Edgardo A. Andreatta -Centro de Fertilidad CRECER- y resultado de la videoconferencia testimonial de fs. 117/122].

2. Como se pusiera de manifiesto en la causa **A-2353-MP0 "C.,C.J."** (sent. de 15-III-2011), el panorama normativo provincial en materia de salud reproductiva ha experimentado un vuelco significativo con la sanción de la ley 14.208, publicada en el Boletín Oficial los días 3 y 4-01-2011. Tal cuerpo legal ha venido a cristalizar en un texto positivo la realidad imperante, con el propósito de afrontar y solucionar

-bien que racionalmente- un problema que es propio de nuestros días.

En efecto, el legislador no duda ya en reconocer que una de cada seis (6) parejas padece dificultades para la concepción natural y que, de ellas, solo el seis por ciento (6%) puede acceder a un tratamiento adecuado debido a su alto costo, lo que lleva a que innumerable cantidad de parejas estables se vean privadas de materializar su deseo a la procreación por la sola carencia de los recursos económicos necesarios para la realización de los tratamientos adecuados, los que, con el actual desarrollo de la ciencia médica, tendrían un alto grado de probabilidad de éxito (cfr. exposición de motivos de la norma).

La ley introduce en nuestro ordenamiento provincial una concepción amplia del derecho a la salud, haciendo propia la doctrina de los tribunales provinciales -entre ellos esta Cámara- que, ante la orfandad legislativa, habían comenzado a reconocer como derivación de aquel derecho fundamental, el tratamiento de la infertilidad (v. exposición de motivos). Definitivamente, la infertilidad humana es considerada una enfermedad, de conformidad con los criterios sentados por la Organización Mundial de la Salud (art. 1°), patología a la que se define como la dificultad de una pareja de concebir un niño naturalmente o de llevar un embarazo a término, luego de un año de vida sexual activa (art. 2°).

Con el objetivo cardinal de garantizar el mayor nivel de tratamiento médico asistencial integral dentro del ámbito de las parejas que padezcan esta patología, para la gestación de un hijo biológico (art. 3° inc. "a"), el cuerpo normativo reconoce la cobertura de las **técnicas de fertilización homóloga** reconocidas por la O.M.S. (art. 1°, segunda parte), es decir, aquellas en las que se utilizan gametas propias de cada integrante de la pareja (art. 1° del Decreto N° 2980/2010, reglamentario de la ley 14.208). En ese orden de

ideas, se impone al Estado Provincial la obligación de otorgar, a través de sus efectores públicos, los citados tratamientos para garantizar los derechos de los habitantes de la Provincia de Buenos Aires -con dos (2) años de residencia-, preferentemente a quienes carezcan de todo tipo de cobertura médico asistencial integral en el sistema de seguridad social y medicina prepaga (art. 4°). De su lado, la norma incorpora dentro de las prestaciones del Instituto de Obra Médico Asistencial (I.O.M.A.), la cobertura médico asistencial integral de este tipo de prácticas (art. 5°).

Y en lo que hace a las exigencias reglamentarias para acceder a los tratamientos, el Decreto N° 2980/2010 introduce una serie de recaudos **prima facie** razonable [art. 28 Const. Nac., cfr. doct. esta Cámara causa **A-3247-BBO "G., M. E."** (sent. de 24-VIII-2012)] que, si bien con leves variantes, no distan de los pretorianamente fijados por este Tribunal cuando acogió este tipo de pretensiones antes del avance legislativo, delimitando los alcances de las respectivas condenas. Así, el reglamento de ejecución de la norma dispone en lo que deviene conducente: **(i)** que accederán a los tratamientos de fertilidad asistida aquellas mujeres cuya edad se encuentre comprendida entre los treinta (30) y cuarenta (40) años (art. 4°, primera parte); **(ii)** que se dará prioridad a las parejas que no tengan hijos producto de dicha relación, brindando la posibilidad de un (1) tratamiento de alta complejidad por año, hasta un máximo de dos (2) (art. 4°, segunda parte); **(iii)** que los requirentes deberán acreditar una residencia mínima de dos años en la Provincia de Buenos Aires, mediante la documentación correspondiente (art. 4° in fine).

Y si bien el contexto normativo examinado ha importado un loable y trascendental avance provincial en dotar de operatividad a la manda contenida en el art. 36 inciso 8° de la Constitución provincial en esta particular parcela del

derecho a la salud, ciertos continentes de la problemática de la infertilidad han quedado por fuera de los alcances del reconocimiento prestacional que consagra la ley 14.208 y su reglamentación. En otras palabras, el Estado provincial -en esta preliminar etapa de abordaje político-prestacional en salud pública, de la infertilidad- se ha abstenido de asumir la provisión de otras técnicas de fertilización por fuera de las homólogas.

Es esa abstención la que genera el presente conflicto y la que, en los términos argumentales delineados por el **a quo**, colisiona con el mandato del art. 36 inciso 8º de la Constitución provincial y violenta la garantía de igualdad consagrada en el art. 16 de la Constitución Nacional.

Aún reconociendo el serio y meticuloso trabajo jurisdiccional que llevara a cabo el magistrado de grado desde que tomara intervención este expediente (fs. 53 en adelante), no suscribo el temperamento que apuntala el fallo, por lo que volcaré en los párrafos siguientes las razones que me llevan a proponer una solución opuesta a la que porta el pronunciamiento apelado.

3. Liminarmente he de aclarar que en la causa **A-2713-MP0 "D.,R. J."** (sent. de 6-X-2011) propicié la confirmación de una sentencia de la instancia de grado que había condenado al I.O.M.A. a cubrir una prestación de fertilización heteróloga como la que origina el presente pleito. Empero, de la lectura de mi voto a la primera cuestión se extrae con claridad meridiana que tal solución exclusivamente obedeció a la insuficiencia del recurso de apelación articulado por el apoderado del Instituto condenado, al no hacerse cargo de la argumentación que había seguido el juez de grado para ordenar la práctica, allende de lo reglado por la ley 14.208.

Como se verá en los puntos subsiguientes esa deserción en la apelación no se exterioriza en la especie.

4. Si bien es cierto que el tema a dilucidar en esta **litis** involucra una serie de cuestiones que -aunque planteadas en el marco de una controversia jurisdiccional- exceden el mero examen de legalidad que, de ordinario, es llevado a cabo por quienes detentan la delicada misión de impartir justicia frente a un "caso" o divergencia de intereses [por cuanto se debaten aspectos emparentados con la ciencia médica y la aplicación de las últimas tecnologías en materia de reproducción humana que requieren de un meditado examen en los que el ineludible aporte de los saberes especializados constituye la llave de auxilio que, de suyo, posibilita una mejor comprensión del tema (cfr. doct. esta Cámara causas **A-1607-MP0 "R.A.T."**, res. de 14-X-2009; **A-1592-BB0 "S., P.M."**, sent. del 12-II-2010; **A-1741-BB0 "Z., V. P."**, sent. de 12-VIII-2010], no lo es menos que en la presente controversia esta Alzada está llamada a expedirse sobre si la abstención provincial de no incorporar a la fertilización heteróloga como práctica a ser ejecutada por los efectores públicos o de cobertura reconocida por el I.O.M.A., es constitucionalmente reprochable y, por tanto, torna arbitraria e ilegítima la posición del Instituto accionado de no hacerse cargo de la práctica terapéutica requerida por los afiliados aquí litigantes.

4.1.a. Abordaré en primer lugar la problemática planteada desde el mirador de la manda contenida en el art. 36 inciso 8° de la Constitución Provincial.

El sentenciante de grado ha apuntalado su condena argumentando que el derecho constitucional a la salud incluye la salud reproductiva y la atención sanitaria pertinente con acceso para los beneficiarios al avance científico, por lo que -a su entender- la falta de inclusión de las prácticas de fertilización con ovodonación dentro de las previsiones del art. 1 de la ley 14.208 mal podría interpretarse como un valladar infranqueable que imposibilite al I.O.M.A. brindar

tales prestaciones, frente a un cuadro comprobado de infertilidad como el que se verifica en autos. De allí desprende el deber ineludible de la magistratura de asegurar la vigencia del derecho a la salud reproductiva cuando, la ausencia de previsión legal y el desinterés de las autoridades de la obra social, no les brinda a los amparistas en la actualidad -ni el futuro próximo- ninguna alternativa que satisfaga de modo concreto el legítimo ejercicio de un derecho reconocido constitucionalmente. Desde tal plataforma tilda de inconstitucional la abstención del legislador provincial de no incluir la fertilización heteróloga dentro de las prácticas médicas previstas en la ley 14.208.

Discrepo con tal visión.

En el art. 36 de la Carta Magna provincial, el constituyente encomendó a los Poderes de la Provincia **promover la eliminación de obstáculos económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza** que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. En ese marco de remoción de barreras en el goce de derechos, el constituyente expresamente mandó a la Provincia **garantizar a sus habitantes el acceso a la salud en los aspectos preventivos, asistenciales y terapéuticos** (inciso 8).

De una ligera lectura del texto transcripto podría pensarse que el Estado bonaerense está ineludiblemente conminado a brindar la cobertura de cualquier tipo de prestación sanitaria que le demanden sus habitantes puesto que, de lo contrario, podría incurrir en desobediencia constitucional. Mas tal literal exégesis resulta a todas luces impracticable. Basta recordar que la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha desechado -al no advertir derechos constitucionales conculcados- pretensiones de amparo cuando su objeto era la condena a proveer determinados tratamientos médicos o medicamentos que se encontraban en etapa experimental (cfr. doct. C.S.J.N. Fallos 332:627 -por

remisión al dictamen de la Procuración General y esta Alzada causas **A-2266-AZ0 "Barcena"**, sent. de 09-XII-2010; **A-2576-AZ0 "Rodriguez"**, sent. de 15-VII-2011).

Siendo ello así, el precepto constitucional analizado demanda -entonces- una interpretación más integradora. En mi opinión, frente al contenido del art. 36 inciso 8° de la Constitución provincial, el Poder Legislativo -en ejercicio de las prerrogativas conferidas por el art. 103 inciso 13° de la Carta Magna local- **posee suficiente terreno de maniobra para adoptar las políticas públicas de salud que**, sin abrogar injustificadamente o avasallar derechos reconocidos, **propendan a efectivizar -en un marco de razonabilidad, eficacia, seguridad y progresividad- prestaciones sanitarias preventivas, asistenciales y terapéuticas reconocidas por la comunidad científica**, siempre que su práctica: **(i)** no controvierta normativa ni invada competencia federal en la materia, **(ii)** no genere -directa o indirectamente- situaciones fácticas que no cuenten con un marco normativo aplicable en cuanto a sus consecuencias y efectos jurídicos, y **(iii)** no de pábulo a cuestionamientos basados en consideraciones morales o aceptabilidad social, aunque a este último limitante pueda otorgársele una ponderación significativamente menor.

Así, en materia de salud pública el Estado bonaerense normalmente acometerá acciones de contenido positivo, desplegando actividad prestacional, de fomento, de investigación, de prevención, todo ello en pos de brindar operatividad al derecho reconocido por el art. 36 inciso 8° de la Carta local. Sin embargo, en ciertos supuestos -y juzgo que éste es uno de ellos-, lo esperable bien podría ser una prudente y temporal abstención si se estuviera en presencia de alguno de los universos obstativos descriptos en el párrafo precedente. Y esa constricción legislativa **mal podría ser juzgada** -a tenor de los motivos de convicción que

expondré en los párrafos sucesivos- como una reprochable defección inconstitucional por desentenderse del derecho a la salud y, en todo caso, por traducir un irrespetuoso descuido en la protección al derecho a la vida.

4.1.b. Apuntalaré mi juicio en el reciente y esclarecedor fallo de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso **"S.H. and Others v. Austria"**, sentenciado por la Grand Chamber (13 votos contra 4) el pasado 3 de noviembre de 2011, en el cual se aborda con precisión y profundidad la problemática de la fertilización heteróloga mediante ovodonación desde el punto de vista del respeto al derecho a la vida consagrado en la Convención Europea de Derechos Humanos (artículo 8) y frente a una norma estatal que expresamente prohíbe la ejecución de esta práctica.

En el citado pronunciamiento, la Corte Europea luego de recordar su línea jurisprudencial en torno al alcance del respeto a la vida exigido a los Estados por el art. 8 de la Convención, se abocó a desentrañar si ante la especial importancia de los derechos a formar una familia y a la procreación (que conforman el derecho a la vida), los gobiernos nacionales poseían algún margen para regularlos y, de ser afirmativa la respuesta, cuáles serían las razones atendibles [por no violentar el derecho a la vida], para el establecimiento de ciertas limitaciones en su extensión.

Al ejecutar la faena trazada, en primer lugar, el Tribunal advirtió que la ovodonación estaba expresamente prohibida en Austria, Alemania, Italia, Lituania, Croacia, Noruega, y Suiza, aunque permitida en años recientes en Dinamarca (2006), Francia (2004), Suecia (2006) y Finlandia (2007) bajo específicas regulaciones, y admitida en la práctica sin normativa alguna en Chipre, Portugal, Polonia, Rumania y Luxemburgo. De allí extrajo que la legislación sobre fertilización heteróloga se encontraba en una **etapa de transición** por lo que no podía establecerse un común

denominador en la materia entre los Estados adherentes a la Convención.

Seguidamente reconoció que el uso de este tipo de tratamientos dió origen en el pasado -y lo continúa haciendo en el presente- a sensibles planteos morales y éticos, lo que justificaba otorgar a los Estados mayor margen de apreciación en esta área terapéutica en la que faltaba aquel común denominador o consenso normativo, sin que ello importara -por cierto- limitar el escrutinio judicial de las razones tomadas en consideración en el desarrollo legislativo que, en este particular segmento, cada uno de los gobiernos exteriorizara.

Y bajo tal paradigma de enjuiciamiento, convalidó la prohibición austríaca de fertilización heteróloga ["heterologous artificial procreation by ovum donation"] sopesando los siguientes factores, ponderados de menor a mayor importancia, a saber:

(i) la inquietud, basada en consideraciones morales o de baja aceptabilidad en torno a las prácticas de procreación artificial, que genera en determinada sociedad la técnica de la ovodonación;

(ii) la rapidez con la que el campo de la procreación artificial se está desarrollando desde el punto de vista científico y desde la progresiva adopción de marcos legales para su práctica médica, que impide a la jurisdicción fijar una base de análisis lo suficientemente consolidada para ponderar la necesidad y/o conveniencia de la adopción de medidas legislativas direccionadas a evitar los riesgos de un uso de este tipo de prácticas alejado de propósitos terapéuticos o que pueda conducir a la explotación o humillación de mujeres en estado económico-social desventajoso. Ese particular panorama justifica que los Estados actúen con particular prudencia respecto de estas específicas prácticas de fertilización asistida; y

(iii) la posibilidad que dos personas puedan reclamar ser la madre de un mismo niño adiciona nuevos cánones familiares significativamente diversos a los conocidos (padres biológicos, padres adoptivos), haciendo recomendable la adopción de marcos normativos tendientes a evitar potenciales disputas entre la madre biológica y la madre genética.

Si las descriptas consideraciones permitieron a la Corte Europea de Derechos Humanos convalidar, por no contravenir el derecho a la vida cuya protección consagra la Convención Europea en su Artículo 8, una expresa prohibición a la práctica de fertilización asistida mediante ovodonación, idénticas razones podrían predicarse para justificar que la Provincia de Buenos Aires, a través de su Legislatura y sin violentar el mandato constitucional del art. 36 inciso 8° de la Carta local, se haya abstenido de garantizar la práctica de esta técnica en sus efectores públicos o de cubrir su ejecución por la Obra Social provincial, tal como lo refleja la ley 14.208 y se reglamenta en el Decreto 2980/10 y en la Resolución I.O.M.A N° 8538/10.

Acertadamente el apoderado del Instituto accionado resalta que la manda del art. 36 inciso 8° de la Constitución local ha sido -en suma- atendida por la Provincia cuando, al sancionar la ley 14.208 reconoció la desventura de la infertilidad y coadyuvó a paliarla echando mano de aquellas terapias reconocidas por la Organización Mundial de la Salud, esto es, las prácticas de fertilización homóloga. En otras palabras, el Estado bonaerense reconoció el problema y, al menos, adoptó una política prestacional que contempla las prácticas médicas a las que, para la generalidad de los casos de infertilidad, se les reconoce capacidad de revertir el infortunio.

Lo excepcional ha quedado afuera, empero como sostendré en los sucesivos párrafos, ello tampoco resulta merecedor de condena.

4.2. Es hora, pues, de abordar la tacha de inconstitucionalidad que el magistrado de grado blande contra la ley 14.208 y su reglamentación desde la perspectiva del derecho a la igualdad. El recurrente entiende justificado el diverso tratamiento que el legislador ha brindado a las técnicas de fertilización homóloga frente al silencio en torno a la cobertura de las prácticas heterólogas, ello así por las diferencias en la afección reproductiva que cada una de tales prácticas tiende a paliar. Además, recuerda las limitaciones normativas que la legislación de fondo contiene respecto de la filiación biológica, preceptos de orden público y de imposible desconocimiento por la Provincia y que también brindarían respaldo a la diferenciación formulada por la ley 14.208.

Alguna razón lleva el apelante en el planteo que propone ante esta Alzada.

Repárese que el último de los factores evaluado por la Corte Europea de Derechos Humanos en el fallo previamente comentado describe una problemática que no se encuentra presente en las diversas técnicas de fertilización homóloga. Ello, de por sí, actuaría como apuntalamiento suficiente para postular una diversa aproximación normativa para ambos tipos de fecundación asistida.

Empero, no solo allí se presentan diferencias. Recurro al reciente fallo de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba en la causa **"J.N. y Otro c. OSPIM s. Amparo"** (sent. de 27-04-2012) en el cual se solicitaba como objeto de la acción constitucional la condena a la cobertura de la técnica de fecundación asistida por ovodonación y de allí transcribo lo siguiente -que comparto y suscribo-:

"... Cuando la técnica de fecundación asistida se produce con óvulos y espermatozoides pertenecientes a las partes integrantes de la pareja que busca el embarazo deseado, la solución a dicho conflicto resulta a primera vista más fácil de solucionar. Por el contrario, cuando para lograr conseguir dicho embarazo debe recurrirse a la intervención de terceros extraños a la pareja a través de la donación tanto de óvulos como de espermatozoides, se presenta un tema complejo en donde se encuentra en juego numerosas situaciones. Así, entre ellas, si analizamos detenidamente el art. 242 del Código Civil se puede observar que el mismo establece que la maternidad quedará determinada, aún sin reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. Pero, cuando en casos como el presente, el avance de la ciencia y las técnicas de reproducción asistida necesarias para lograr el embarazo traen como resultados la división entre la madre genética con la madre gestante, tal norma resulta quebrantada ...". "Esta técnica de reproducción asistida por ovodonación ... repercute ... sobre diversos aspectos del derecho, que en nuestra legislación actual no se encuentran aún contemplados, más precisamente como ser la donación de gametos, el anonimato de los donantes, el derecho del hijo a conocer su origen, el derecho a nacer, el estatus jurídico del embrión, en fin un sinnúmero de interrogantes y nuevos conflictos que necesitan una solución y reglamentación ...".

Con precisión quirúrgica, los magistrados cordobeses han patentizado los meandros en los que se bifurca la fecundación asistida, según sea la técnica que se adopte para la procreación artificial. En ello no hubo suficientemente reparado el juez de grado, aunque no puede negarse que intentó sortear algunas de aquellas lagunas o conflictos recurriendo al Anteproyecto de Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, mas tal antecedente si bien ilustrativo, no resulta dirimente por no

ser Ley de la Nación al momento de emitirse la presente sentencia (cfr. doct. de esta Cámara causa **A-3240-BB0 "Fersen"**, sent. de 31-VII-2012).

Como bien puede advertirse, autorizar la práctica de fertilización heteróloga con ovodonación no trasunta una simple concesión legislativa -amparado en su deber de garantizar el derecho a la salud- que pueda efectuar el Estado provincial desentendiéndose de las consecuencias jurídicas que tal método de fecundación trae aparejado en amplios sectores del Derecho Civil, ordenamiento cuyos institutos no le es dable enmendar, modificar o amplificar a la Legislatura Provincial (art. 75 inciso 12° de la Constitución Nacional).

Es por ello que en esta especialísima materia, el diverso tratamiento que le brinda el legislador local a la fertilización homóloga respecto de la heteróloga posee adecuada justificación y, consecuentemente, aleja la distinción de trato [asunción de la práctica de la primera por efectores públicos o su cobertura por la Obra Social provincial para sus afiliados frente a la abstención de reconocimiento de la segunda] de todo reproche de arbitrariedad, capricho, o censurable discriminación.

Cabe recordar que el derecho a la igualdad ampara a las personas frente a toda discriminación o arbitrario distingo, mandando reconocer idénticos derechos a todos los habitantes que se hallan en situaciones idénticas o sustancialmente equiparables (cfr. argto. doct. S.C.B.A. causa B. 65.948 "Gerez", sent. de 19-XII-2007) e impidiendo establecer categorías que excluyan a unos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias (doct. C.S.J.N., Fallos 13:118; 123:106; 306:1844; 321:92), inspiradas en fines de ilegítima persecución o de indebido privilegio de personas o grupos de personas (C.S.J.N., Fallos 205:68; 237:334; 238:60; 289:197; 293:335; 305:823 y doct. esta

Alzada causa **C-1425-MP2 "Saravia"**, sent. del 30-III-2010, por todas). Tal como se reseñó precedentemente, ninguno de estos defectos puede enrostrarse a la ley 14.208, asistiéndole razón al recurrente cuando sostiene que los actores no han visto conculcada la garantía del art. 16 de la Constitución Nacional al compararse con quienes pueden acceder a la técnica de la fertilización homóloga.

4.3. Lo dicho hasta aquí destierra toda posibilidad de que la pretensión incoada pueda ser acogida, pues el comprensible anhelo de ser padres de un niño que abrigan los actores no puede ser absoluto, pues debe necesariamente ceder ante las peculiares circunstancias que giran en su derredor. Los medios empleados en ningún modo podrían justificar la concreción última del fin, si con ello se avasallara una elemental pauta de razonabilidad (doct. S.C.B.A. causas I. 3.553 "Valentini", sent. de 30-XI-2011; I. 3.552 "Salvemini", sent. de 21-XII-2011). Y el velar por dicho respeto constituye una difícil misión que se encomienda a los jueces, quienes con prudencia y mesura, deben evitar la adopción de mandatos impertinentes, que pudieran incidir negativamente sobre los valores en disputa (doct. esta Cámara causas **A-1607-MP0 "R., A.T."**, sent. del 16-II-2010; **A-1348-BB0 "G., M.A."**, sent. del 23-II-2010).

Lamentablemente, la mano de la naturaleza ha deparado a los actores un desdichado presente, que seguramente los golpea y afecta en lo más profundo de su ser. Seguramente en un futuro podamos contar con un respaldo normativo que se haga cargo de estos cuestionamientos que involucren la aplicación de las más avanzadas tecnologías a la reproducción humana, a través de un marco regulatorio autosuficiente, que -fruto de la voluntad popular- discipline rigurosamente los procedimientos de intervención genética, contemple responsablemente la situación de la vida en estado embrionario, disponga las medidas razonables para garantizar

los derechos fundamentales de todos los involucrados y brinde los instrumentos jurídicos que permitan aventar los riesgos de mal uso de las referidas prácticas, con menoscabo a la dignidad de la persona humana. Hasta tanto ello no suceda, cualquier intento precipitado de la jurisdicción provincial por aprehender dichos tópicos -en el humano sentir de ayudar a paliar la desdicha sufrida por los litigantes- podría poner en jaque el postulado básico de la división de poderes que campea en nuestro Estado de Derecho, con el repugnante agravio a las instituciones que ello implicaría (argto. art. 1° y ccds. de la Constitución Nacional), y hasta empujar al Estado bonaerense a avasallar competencias de la organización federal de la República (art. 75 inciso 12° de la Constitución Nacional) (cfr. doct. esta Cámara causa **A-2641-AZ0 "Suárez"**, sent. de 24-II-2012).

Con todo, entiendo que la solución que habré de elevar a consideración del Acuerdo es la que mejor logra compatibilizar los intereses superiores en juego y priorizar la vigencia del bloque de constitucionalidad en su totalidad. Bajo las circunstancias analizadas, en mi opinión, la abstención legislativa enjuiciada no merece reproche desde el punto de vista constitucional y, con ello, la negativa del I.O.M.A. a cubrir el tratamiento peticionado por los actores no exhibe rasgo alguno de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta, como para ameritar el acogimiento de la acción de amparo impetrada (art. 20 inc. 2° Const. pcial.).

III. En consonancia con los fundamentos expuestos, propongo a mis colegas acoger el recurso de apelación articulado por el apoderado del I.O.M.A., revocar la sentencia apelada y rechazar totalmente la presente acción de amparo.

En relación a las costas del proceso, la naturaleza de los derechos en disputa, lo novedoso de la cuestión planteada y el especial padecimiento que aflige a los amparistas -que

razonablemente pudo haberlos llevado al convencimiento de su razón valedera para litigar- me persuaden de que, en el caso, correspondería mitigar excepcionalmente la aplicación del criterio rector y, en consecuencia, habré de proponer que las costas del proceso sean soportadas en ambas instancias en el orden causado (conf. art. 68, 2do. párrafo del C.P.C.C.; arts. 19, 25 y ccds. de la ley 13.928 -t.o. por la ley 14.192-, doct. esta Cámara causa **A-2641-AZ0 "Suárez"** cit.).

Respecto de los honorarios regulados en la instancia de grado al doctor Ginés Altamira Gainza -letrado patrocinante de los actores-, a tenor del resultado propuesto correspondería readecuarlos en los términos del art. 274 del C.P.C.C., fijándolos en PESOS TRES MIL SETECIENTOS SESENTA (\$ 3.760,00) -**20 JUS**-, con más los aportes de ley (arts. 1, 9, 10, 15, 16, 22, 28, 33, 49, 51, 54 y 57 del Decreto ley 8904/77).

Con el alcance indicado, doy mi voto por la **afirmativa**.

Los **señores Jueces doctora Sardo y doctor Mora**, con igual alcance y con idénticos fundamentos a los brindados por el señor Juez doctor Riccitelli, votan también por la **afirmativa**.

De conformidad a los votos precedentes, la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en Mar del Plata, dicta la siguiente:

SENTENCIA

1. Hacer lugar al recurso de apelación deducido por la accionada (I.O.M.A.) a fs. 167/172 y revocar el pronunciamiento recurrido en cuanto hizo lugar a la pretensión de amparo (conf. ley 14.208 y su dec. reglamentario N° 2980/2010; art. 16 Const. Nac.; arts. 11 y 36 inciso 8° Const. pcial; doct. citada).

2. Distribuir las costas de ambas instancias en el orden causado (conf. arg. arts. 68, 2do. párrafo y 274 del C.P.C.C.; doct. citada).

3. Como consecuencia de lo dispuesto en los puntos precedentes, corresponde readecuar los honorarios por los trabajos ante la instancia de grado al doctor Ginés Altamira Gainza -letrado patrocinante de los actores-, en los términos del art. 274 del C.P.C.C., fijándolos en PESOS TRES MIL SETECIENTOS SESENTA (\$ 3.760,00) **-20 JUS-**, con más los aportes de ley (arts. 1, 9, 10, 14, 15, 16, 22, 28, 33, 49, 51, 54 y 57 del Decreto ley 8904/77; arts. 12 inc. "a" y 16 de la ley 6716).

4. Por los trabajos profesionales llevados a cabo en segunda instancia, estése a la regulación de honorarios que por separado se efectúa.

Regístrese, notifíquese y devuélvanse las actuaciones al Juzgado de origen por Secretaría. Fdo: Dres. Elio Horacio Riccitelli - Adriana M. Sardo - Roberto Daniel Mora - María Gabriela Ruffa, Secretaria.